



HAL
open science

Entre flou et rigidité : l'admission exceptionnelle au séjour en droit français

Lisa Carayon

► **To cite this version:**

Lisa Carayon. Entre flou et rigidité : l'admission exceptionnelle au séjour en droit français. Revue du droit des étrangers, 2022, 214. hal-04752762

HAL Id: hal-04752762

<https://hal.science/hal-04752762v1>

Submitted on 24 Oct 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Entre flou et rigidité : l'« admission exceptionnelle au séjour » en droit français

Lisa Carayon

Maitresse de conférences en droit

Université Sorbonne Paris Nord, laboratoire IRIS

Militante au GISTI et à la CIMADE

Publié dans *Revue de droit des étrangers*, Bruxelles, 2023.

Introduction

Le principe du droit français des personnes étrangères est que l'acquisition du droit au séjour pérenne doit se faire au moment de l'arrivée en France, *via* l'obtention d'un visa de long séjour donnant accès à un titre de séjour une fois entré sur le territoire. Les motifs de ces visas sont variés, il est possible d'en obtenir, par exemple, en tant que membre de famille d'un·e ressortissant·e français·e ; en application des procédures de regroupement familial auprès de personnes étrangères régulièrement installées en France ; pour y poursuivre des études ou encore pour venir occuper un emploi en France. Cette dernière option, qui ouvre droit à un titre de séjour spécifique, est prévue par les articles L. 421-1 ou L.421-3 CESEDA et est particulièrement exigeante. L'obtention d'un droit au séjour « salarié »¹ suppose, soit d'occuper un poste dans l'un des métiers définis comme « en tension »², soit que l'employeur apporte la preuve qu'ayant cherché une personne déjà présente en France pour occuper le poste en question, il n'a pu trouver de profil plus adapté que la personne étrangère qui sollicite un droit au séjour. C'est la condition dite de l'« opposabilité de la situation de l'emploi ».

Malgré cette grande illusion du droit selon laquelle les personnes étrangères arriveraient sur le territoire français toutes pourvues d'un visa adapté à leurs situations individuelles et quitteraient le territoire dès qu'elles n'ont plus de droit au séjour, la réalité pratique des migrations est évidemment que nombre de personnes étrangères vivent en France en situation irrégulière³. Les causes de cette irrégularité sont infiniment variables. On trouve, parmi ces personnes que le langage courant désigne comme des « sans-papiers et sans-papiers », d'ancien·nes débouté·es du droit d'asile, souvent arrivés irrégulièrement et qui sont demeuré·es en France après le rejet de leur demande ; des personnes arrivées avec un visa touristique et s'étant maintenues sur le territoire à

¹ Le droit français prévoit en réalité deux types de titres de séjour en raison du travail : « salarié » ou « travailleur temporaire », le premier pour les personnes sous contrat à durée indéterminée, le second pour les personnes bénéficiant d'un contrat à durée déterminée. Mais les conditions de fond d'obtention de ces titres sont similaires.

² La liste des métiers concernés est fixée par arrêté et déterminé par région : v. Arrêté du 18 janvier 2008 relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne.

³ Il n'est évidemment pas possible de chiffrer exactement cette situation. La seule donnée officielle est celle du nombre de personnes titulaire de l'aide médicale d'État (AME), une couverture sociale exclusivement réservée aux personnes étrangères en situation irrégulière et qui compte actuellement plus de 300.000 bénéficiaires.

l'expiration de celui-ci ; d'ancien-nes titulaires de titre de séjour n'ayant pas été renouvelés pour une raison ou une autre etc. Fallait-il leur refuser toute possibilité de régulariser leur situation ?

De longue date, le droit français a considéré que non, et a admis une admission au séjour *a posteriori*, alors que la personne est déjà présente sur le territoire **(I)**. Mais ce qui était théoriquement une marge de manœuvre résiduelle pour les préfetures s'est muée ces dernières décennies en un fondement spécifique de régularisation, largement soumis à l'arbitraire des préfetures **(II)**. Un phénomène en constante extension qui suscite l'inquiétude **(III)**.

I. Quels fondements juridiques pour la régularisation des personnes étrangères irrégulièrement présentes en France ?

La principale voie de régularisation pour les personnes étrangères vivant en France en situation irrégulière est de demander la protection de leur vie privée et familiale⁴. L'article L.423-23⁵ du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit en effet que, même dépourvue de tout visa lors de son entrée en France, une personne étrangère se voit délivrer un titre de séjour si cette régularisation est indispensable à la sauvegarde de ses liens privés et familiaux en France au regard de leur intensité et de leur stabilité. Cette régularisation, il faut impérativement le souligner, est théoriquement « de droit », c'est-à-dire que si l'existence et l'intensité de ces liens sont effectivement constatées la préfecture n'a théoriquement pas la possibilité de refuser la délivrance d'un titre de séjour⁶. On comprend cependant facilement que ce « de droit » n'a de droit que le nom puisqu'en l'absence de précision textuelle, la question se déplace inévitablement sur le point de savoir quels types de liens « personnels et familiaux » doivent être pris en compte et à partir de quand ils sont considérés comme suffisamment durables et intenses pour ouvrir droit à un titre de séjour.

A côté de cette voie de régularisation, le droit français connaît un texte qui peut, en quelque sorte être considéré comme la « voiture-balais » code de l'entrée et du séjour des étrangers : l'article L. 435-1, créé en 2006⁷, dispose ainsi que « *L'étranger ne vivant*

⁴ Ce motif de régularisation en raison des liens familiaux conduit à la délivrance d'environ 30.000 titres de séjour par an. V. le rapport Les étrangers en France, 2020, p. 76. Disponible en ligne : https://www.immigration.interieur.gouv.fr/fr/content/download/131071/1042380/file/2150808_Rapport_parlement_2020-version-finale.pdf.

⁵ Ancien L. 313-11 7° CESEDA. L'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 *portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* a entièrement renuméroté et réorganisé les articles de ce code. La réforme est supposée avoir été faite « à droit constant » c'est-à-dire sans modification du droit mais les formulations proposées peuvent parfois différer légèrement des textes antérieurs.

⁶ Ce caractère « de droit » apparaissait textuellement dans la version antérieure du texte. La rédaction actuelle ne le mentionne pas explicitement mais la formulation du texte le sous-entend : « *L'étranger (...) qui dispose de liens personnels et familiaux en France tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus, se voit délivrer une carte de séjour temporaire portant la mention " vie privée et familiale " »*. Le texte ne dit pas que la préfecture « peut » délivrer la carte mais que la carte est délivrée ce qui supprime théoriquement toute marge de manœuvre à l'administration.

⁷ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

pas en état de polygamie dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir peut se voir délivrer une carte de séjour temporaire ». Ce texte est supposé donner aux autorités préfectorales⁸ la possibilité discrétionnaire, dès lors qu'elles l'estiment nécessaire au regard de situations singulières et particulières, d'attribuer un droit au séjour à toute personnes étrangère présente sur le territoire français qui le demande⁹. Le texte est ainsi régulièrement le support de la régularisation de personnes étrangères « exceptionnelles » mises en lumière notamment par des faits divers¹⁰.

On le voit, la formulation de ce texte laisse entendre qu'il a vocation à s'appliquer à des cas ponctuels et non à répondre à une situation systémique. Or, il existe en France une réalité politique à laquelle il a bien fallu répondre : la présence importante sur le territoire français de travailleurs et travailleuses étrangères qui, malgré l'irrégularité de leur situation administrative, participent à la vie économique du pays, qui plus est dans des secteurs particulièrement difficiles (aide à la personne, bâtiment et travaux publics, restauration, etc). La situation de ces personnes, qui avait déjà fait l'objet d'une attention politique à la fin des années 1970-début des années 1980¹¹, est revenue sur le devant de la scène médiatique grâce aux grèves majeures organisées à la fin des années 2000¹².

Loin de conduire à la production d'un texte spécifique à la situation des travailleurs et travailleuses « sans-papier », ces luttes sociales ont plutôt donné lieu à une série d'interprétation du texte sur « l'admission exceptionnelle au séjour », afin qu'il puisse constituer le fondement de régularisations par le travail « sur place » c'est-à-dire alors que la personne ne bénéficie pas déjà d'un droit au séjour sur un autre fondement et que la demande de droit au séjour n'a pas été faite par son employeur *avant* son arrivée en France¹³. Ainsi, au lieu de passer par le pouvoir législatif pour prévoir spécifiquement un texte applicable aux travailleurs et travailleuses sans-papiers, les autorités publiques ont

⁸ Les préfetures sont, en France, les administrations représentant l'État central dans les différents départements, qui sont l'unité administrative supérieure aux communes (la France est divisée en 101 départements). Ces administrations exercent localement les pouvoirs conférés à l'État – en l'occurrence la police des personnes étrangères – sous l'autorité du Ministre de l'Intérieur.

⁹ La régularisation ne peut procéder que d'une demande de la part de la personne concernée : c'est pourquoi une personne qui solliciterait un titre de séjour sur un autre fondement textuel et n'invoquerait pas explicitement la régularisation exceptionnelle ne pourrait ensuite pas reprocher à l'administration de ne pas avoir examiné sa demande sur ce fondement, ce qui est particulièrement exigeant au regard des caractéristiques des personnes placée dans cette situation.

¹⁰ On pense ainsi à la situation de Mamoudou Gassama, régularisé à titre exceptionnel en 2018 après avoir sauvé un enfant fuyant un appartement en feu en escaladant la façade à mains nues. V. par ex. « Mamoudou Gassama, le Malien sans papiers qui a sauvé un enfant, va être régularisé », *Le Monde*, 27 mai 2018, disponible en ligne : https://www.lemonde.fr/societe/article/2018/05/27/a-paris-un-homme-escalade-un-immeuble-pour-sauver-un-enfant-suspendu-dans-le-vide_5305507_3224.html.

¹¹ Une première « vague » de régularisation en raison du travail a eu lieu notamment en 1981.

¹² Sur ces grèves v. par ex. P. BARRON, A. BORY, S. CHAVIN, N. JOUNIN, L. TOURETTE *On bosse ici, on reste ici ! La grève des sans-papiers : une aventure inédite*, La Découverte, coll. Cahiers libres, 2011 et, pour une version plus courte, des mêmes auteurs, « *Les grèves de travailleurs sans papiers (2006-2010)* », in *Histoire des mouvements sociaux en France*, 2014, p. 724.

¹³ Très exactement, la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile a précisé à l'article L. 435-1 sur l'admission exceptionnelle au séjour que cette admission pouvait donner lieu à un titre de séjour mention « salarié », mais elle n'en précisait aucunement les conditions de délivrance.

préféré s'appuyer sur un texte à la portée résiduelle et en proposer de simples interprétations qui se sont succédé aux cours des années pour indiquer les critères à appliquer aux dossiers des « travailleurs sans-papiers ». Circulaires¹⁴, guides de bonnes pratiques¹⁵, notes internes¹⁶, voire t l grammes¹⁷ ont ainsi pris le relais de la loi, manifestation exemplaire de ce que Danièle Lochak désigne comme le phénomène d'« infra-droit » caractéristique de la police des  trangers¹⁸ : une accumulation de textes de faible valeur normative visant à administrer la situation des personnes étrangères sans leur accorder formellement de droits. Ces textes se sont en outre caractérisés par leur très grande précarité et ont fait l'objet d'abrogations progressives, soit remplacés par de nouvelles interprétations soit simplement supprimés, notamment dès qu'il était considéré qu'une réponse suffisante avait été accordée aux demandes ponctuelles de régularisation collective et qu'il convenait de revenir à des appréciations plus strictes.

II. **Quelle application de la « régularisation exceptionnelle » aux travailleurs et travailleuses sans-papier ?**

Le dernier texte en date visant à interpréter l'article L. 435-1 CESEDA pour l'appliquer à la régularisation « par le travail » est la circulaire dite « Valls »¹⁹ du 20 novembre 2012²⁰, toujours en vigueur, et qui donne lieu chaque année à environ 7.000 régularisations en raison de l'occupation d'un emploi. Cette circulaire propose un nombre important de critères pour que cette régularisation soit possible²¹. Certains sont classiques et ne font que recouper les exigences communément posées par la loi : la personne doit présenter une certaine maîtrise de la langue française et doit se conformer à l'ordre public. D'autres en revanche font preuve d'une particulière complexité en alliant durée de présence en France et durée du travail salarié passé. La personne doit ainsi faire la preuve « *d'une ancienneté de travail de 8 mois, consécutifs ou non, sur les 24 derniers mois ou de 30 mois, consécutifs ou non, sur les 5 dernières années* » et « *d'une ancienneté de séjour significative, qui ne pourra qu'exceptionnellement être inférieure à cinq années de*

¹⁴ V. Circulaire du 7 janvier 2008 relative à la délivrance de cartes de séjour portant la mention « salarié » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour. NOR : IMI/N/08/00012/C (qui sera d'ailleurs annulée par la décision n  314397 du Conseil d'état le 23 octobre 2009) ; circulaire du 24 novembre 2009 relative à la délivrance de cartes de séjour temporaire portant la mention « salarié » ou « travailleur temporaire » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour. NOR : IMI/K/09/00092/C.

¹⁵ Synthèse des bonnes pratiques des services instructeurs annexées à la circulaire du 24 novembre 2009 relative à la délivrance de cartes de séjour temporaire portant la mention « salarié » ou « travailleur temporaire » au titre de l'admission exceptionnelle au séjour. NOR : IMI/K/09/00092/C et son addendum en date du 18 juin 2010.

¹⁶ Note interne du 2 décembre 2008 relative aux critères de régularisation pour les travailleurs intérimaires.

¹⁷ Télégramme du ministère de l'Immigration du 15 décembre 2008.

¹⁸ D. LOCHAK, « Observations sur un infra-droit », *Droit social*, 5, 1976, p. 43-49.

¹⁹ Du nom du ministre de l'Intérieur alors en poste : Manuel Valls.

²⁰ Circulaire du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. NOR : INTK1229185C.

²¹ Sur la façon dont la circulaire dessine par ces critères la figure du « bon travailleur » v. par ex.  . ZOUGBEDE « Régulariser le « bon » travailleur « sans-papiers » : la circulaire « Valls » comme « politique de la frontière », *Sciences & Actions Sociales* 2018/1 (N  9), p. 116.

présence effective en France ». Le texte aménage en outre un cas particulier dans lequel l'administration est enjointe à considérer favorablement la situation du demandeur présentant « *une ancienneté de séjour de trois ans en France dès lors que l'intéressé pourra attester d'une activité professionnelle de vingt-quatre mois dont huit, consécutifs ou non, dans les douze derniers mois* ».

La preuve de l'effectivité de ce travail salarié est évidemment le premier écueil de cette demande²² puisque celle-ci doit essentiellement être apportée par la production de fiches de paie établies au nom de la personne demanderesse. La régularité du séjour étant également une condition d'embauche, les personnes qui possèdent de tels documents relèvent essentiellement de deux catégories : celles qui, titulaires d'un titre de séjour les autorisant à travailler, ont commencé à le faire avant de perdre leur titre et ne l'ont pas signalé à leur employeur, continuant à occuper leur poste illégalement, et celles qui travaillent avec un faux document à leur nom. On peut y ajouter celles qui ont un employeur spécialement ignorant et de bonne foi, les ayant embauchées sans titre et n'ayant jamais fait l'objet d'un contrôle administratif, et celles qui travaillent avec le vrai titre de quelqu'un d'autre et ont des fiches de paie ne correspondant pas à leur véritable identité. Pour cette dernière catégorie, il est parfois admis la production d'« attestations de concordance », document par lequel l'employeur atteste que la personne embauchée est bien celle qui réclame la régularisation, même si ce n'est pas son nom qui figure sur le fiches de paie. Mais la pénalisation du fait d'user frauduleusement des documents d'identité ou de séjour d'autrui a progressivement effrayé les demandeurs. Cette crainte de la sanction pénale veut évidemment également pour les personnes qui usent de faux documents même si, dans l'un comme dans l'autre cas, les poursuites dans le cas de démarches de régularisation restent rares. Ces situations mettent cependant en évidence un aspect capital, et particulièrement problématique, de la démarche de régularisation par le travail : la nécessaire participation de l'employeur aux procédures administratives.

La demande d'admission au travail nécessite en effet que la personne ait occupé, dans le passé, un poste au moins à mi-temps²³ et que, pour l'avenir, elle présente un

²² En réalité depuis plusieurs années déjà, le premier écueil formel au dépôt d'une demande de régularisation est l'accès aux services préfectoraux dont une part importante, exclusivement accessible sur rendez-vous via internet, sont parfois inaccessibles *de fait*, faisant parfois perdre leur droit au séjour aux personnes qui n'auraient pu y accéder dans le temps où elles remplissaient les conditions précédemment exposées. Pour plus de détails sur cette question v. par ex. L. CARAYON, « Personnes étrangères : dématérialisation des procédures, dissolution du droit », *Le club des juristes*, 20 mai 2021. Disponible en ligne : <https://blog.leclubdesjuristes.com/personnes-etrangees-dematerialisation-des-procedures-dissolution-du-droit/>

²³ Le temps de travail légal hebdomadaire est en France de 35h.

contrat de travail²⁴ rapportant au minimum le salaire mensuel minimal²⁵. Pour apporter la preuve de la réalité du poste à venir – qui peut n’être que la prolongation du poste actuel mais ne l’est pas nécessairement – l’employeur futur doit fournir deux pièces fondamentales : un formulaire établissant le contrat de travail à venir et un engagement à payer une taxe spécifique à l’emploi d’une personne étrangère²⁶. Outre ces éléments, l’employeur doit présenter un certain nombre de documents internes telle, notamment, la preuve qu’il est à jour de ses cotisations patronales. Si l’employeur est un particulier, il peut être amené à fournir son avis d’imposition²⁷.

Ces conditions, on le comprend aisément, placent les personnes demanderesse dans une situation de particulière vulnérabilité par rapports à leurs employeurs qui peuvent – et la situation est régulièrement observées par les associations et syndicats qui assistent ces travailleurs et travailleuses – pratiquer un certain chantage à la délivrance des documents nécessaires à la constitution des dossiers. Travail gratuit, rétrocession du montant de la taxe d’embauche etc. sont ainsi monnaie courante. La double condition de devoir présenter à la fois le soutien de son employeur et les preuves d’un travail à venir à temps plein handicape en outre spécialement les femmes²⁸.

En effet, les femmes, et les femmes étrangères en particulier, sont très couramment assignées à certains métiers spécifiques, généralement en rapport avec les services à domicile et les services à la personne²⁹. Cette situation ne correspond pas nécessairement à un défaut de qualification puisque 38% des femmes immigrées sont diplômées du supérieur, contre 35% des Françaises et qu’elles sont en moyenne bien plus diplômées

²⁴ La situation particulière des personnes travaillant en intérim doit être ici signalée. La circulaire prévoit que leur régularisation est possible à une double condition : 1) la preuve d’ « une activité professionnelle sur une période de 24 mois précédant le dépôt de la demande d’admission exceptionnelle au séjour, dans l’intérim ou dans une autre activité salariée, attestée par des bulletins de salaire équivalant au total à au moins 12 SMIC mensuels et comportant au moins 910 heures de travail dans l’intérim » 2) la présentation « soit d’un contrat à durée indéterminée ou un contrat à durée déterminée d’au moins 12 mois établi par l’entreprise utilisatrice ; soit de l’engagement d’une entreprise de travail temporaire à fournir un volume de travail garantissant un cumul de missions de 8 mois de travail sur les 12 prochains mois ». Cette double condition est en pratique quasiment impossible à remplir, la contractualisation des intérimaires, en particulier sans-papier étant extrêmement rare. Sur cette situation dans le domaine du bâtiment v. not. N. Jouin, *Chantier interdit au public. Enquête parmi les travailleurs du bâtiment*, La Découverte, 2009.

²⁵ En juin 2022, le salaire minimum mensuel en France est de 1645,58 euros brut, soit environ 1300 euros net.

²⁶ V. art. L. 436-10 CESEDA : « Lorsque l’embauche intervient pour une durée supérieure ou égale à douze mois, le montant de cette taxe est égal à 55 % du salaire versé à ce travailleur étranger, pris en compte dans la limite de 2,5 fois le salaire minimum de croissance. / Lorsque l’embauche intervient pour un emploi temporaire d’une durée supérieure à trois mois et inférieure à douze mois, le montant de cette taxe, fixé par décret, varie selon le niveau du salaire dans des limites comprises entre 50 euros et 300 euros. / Lorsque l’embauche intervient pour un emploi à caractère saisonnier, le montant de cette taxe est modulé selon la durée de l’embauche à raison de 50 euros par mois d’activité salariée complet ou incomplet ».

²⁷ Pour la liste exhaustive des documents v. Arrêté du 4 mai 2022 fixant la liste des pièces justificatives exigées pour la délivrance des titres de séjour prévus par le livre IV du code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile.

²⁸ Pour une réflexion sur les discriminations de genre dans la délivrance des titres de séjour en général v. L. CARAYON, « Genre et accès aux titres de séjour : des discriminations invisibles », in *Genre et Discriminations*, M. Eberhard, J. Laufer, D. Meurs, Fr. Pigeyre et P. Simon (coord.), éd. iXe, 2017, p. 207-223.

²⁹ S. CHAÏB, « Femmes, migration et marché du travail en France », *Les cahiers du CEDREF*, 12/2004.

que les hommes immigrés³⁰. Les emplois à domicile présentent par ailleurs plusieurs avantages pour les personnes en situations irrégulières : ils sont le plus souvent fondés sur une confiance interpersonnelle et permettent d'être plus facilement embauché·e par bouche-à-oreille par des personnes souvent moins regardante sur le statut migratoire, notamment en raison de contrôle bien moins fréquent des services de l'inspection du travail. Or, ces métiers sont notamment caractérisés par la multiplicité des employeurs, pluralité d'employeurs qui concerne essentiellement des femmes³¹. Comme toutes les femmes, les migrantes subissent par ailleurs beaucoup plus les désavantages du temps partiel³², la fragmentation des périodes de travail³³, le chômage³⁴, les faibles salaires³⁵. Par un phénomène d'intersectionnalité³⁶ elles subissent également ces discriminations en raison de leurs origines³⁷ et de leur situation administrative. Ainsi, les femmes étrangères auront en effet bien plus souvent des difficultés que les hommes à présenter un salaire au moins égal au salaire minimal, à apporter la preuve d'une stabilité de l'emploi et surtout à convaincre une pluralité d'employeurs de participer à leurs démarches.

Cette situation particulière des femmes a déjà été prise en compte pas le passé : sous la pression des femmes grévistes et des associations qui les accompagnaient³⁸, les critères de régularisation par le travail ont, à certaines périodes, connus des aménagements spécifiques à la situation des travailleuses à domiciles : *l'addendum aux bonnes pratiques préfectorales* diffusé le 18 juin 2010 - texte qui n'est plus applicable aujourd'hui - indiquait par exemple que les personnes employées à domicile pouvaient ne

³⁰ L. MOGUEROU, Y. BRINBAUM, J.-L. PRIMON, « Niveaux de diplôme des immigrés et de leurs descendants » in *Trajectoires et Origines, Enquête sur la diversité des populations en France*. (Té)O, INED, INSEE. Octobre 2010.

³¹ V. A. d'Agostino, C. Fournier, C. Stephanus, « Plusieurs employeurs au cours d'une année ou l'emploi "éclaté" : situation transitoire, complément d'activité ou précarité durable », *Insee Références*, édition 2020, not. p. 62.

³² « Le temps partiel subi en France », Observatoire des inégalités, mai 2013. Disponible en ligne http://www.inegalites.fr/spip.php?article410&id_mot=89.

³³ S. CHAÏB, « Femmes, migration et marché du travail en France », *Les cahiers du CEDREF*, 12/2004. Mis en ligne le 2 juillet 2010. n° 47

³⁴ Même si l'écart s'est réduit ces dernières années. V. INSEE, chômage selon le sexe, données annuelles. Disponibles en ligne : https://www.insee.fr/fr/statistiques/2489498#figure1_radio3.

³⁵ « Les bas salaires en France entre 1990 et 2011 » Ministère du travail. *DARES Analyses*, octobre 2012, n° 068.

³⁶ Créé par la juriste K. CRENSHAW, le terme d'intersectionnalité désigne la situation d'une personne qui appartient à plusieurs groupes minoritaires ou minorisés et subit de ce fait des discriminations, assignations et stéréotypes particuliers. V. not. « *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics* », *University of Chicago Legal Forum* [en ligne], Vol. 1989 : Iss. 1, Article 8 [<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>]. Pour une approche plus approfondie de la notion v. *Qu'est-ce que l'intersectionnalité ? Dominations plurielles : sexe, classe et race*, M. BOUSSAHBA, E. DELANOE, S. BAKSHI, K. CRENSHAW, Payot, 2021.

³⁷ Les salaires des personnes étrangères sont globalement plus bas que ceux des personnes de nationalité française et leur risque d'être au chômage est plus élevé : G. SAINT-PAUL, Rapport « Immigration, qualifications et marché du travail », La Documentation française. Paris, 2009. Le temps partiel subi est plus représenté chez les immigrés hors UE que chez les Français et citoyens communautaires « Le temps partiel subi en France », Observatoire des inégalités, mai 2013. Disponible en ligne http://www.inegalites.fr/spip.php?article410&id_mot=89

³⁸ M. CISSE et C. QUIMINAL, « La lutte des « Sans-papiers », *Les cahiers du CEDREF* [En ligne], 8-9/2000, mis en ligne le 28 août 2009

présenter au moment du dépôt de leur demande qu'un volume horaire de 20 heures de travail hebdomadaire. Cette situation ouvrirait droit à la délivrance d'une autorisation provisoire de séjour de trois mois à l'issue desquels la personne devait s'engager à présenter une ou des embauches lui permettant d'atteindre 35h de travail hebdomadaires ou le salaire minimum mensuel.

La circulaire « Valls » n'a pas repris de mécanisme similaire et se contente d'énoncer que les préfetures *peuvent* – et non *doivent* – « *apprécier avec bienveillance* » les dossiers des poly-employés en ce qui concerne l'exigence d'un salaire égal au salaire minimal³⁹. Elle prévoit également un cas spécifique pour les personnes qui attestent « *d'une durée de présence particulièrement significative, de l'ordre de sept ans par exemple, et du versement effectif de salaires attestant une activité professionnelle égale ou supérieure à douze mois, consécutifs ou non [sous-entendu : à mi-temps], au cours des trois dernières années, mais ne présente ni contrat de travail, ni promesse d'embauche* ». Il s'agira ici typiquement d'une personne que son ancien employeur refuse de soutenir dans ses démarches. Dans ce cas particulier, l'administration pourra – et non *devra* une fois encore – délivrer un récépissé de trois mois, renouvelable une fois, l'autorisant à travailler, à l'issu duquel la personne devra avoir trouvé un employeur plus compréhensif et présenter un contrat de travail au salaire minimal ainsi que les documents nécessaires à l'examen de sa demande.

La précision extrême des conditions posées par voie de circulaire pourrait laisser entendre que la contrepartie de leur caractère très strict serait une application uniforme de ces critères de régularisation. Il n'en est malheureusement rien.

III. La régularisation exceptionnelle : quand le non-droit étend son empire

La difficulté spécifique posée par l'usage de la circulaire pour déterminer les critères de régularisation des personnes sans-papiers est que ce type de texte n'est pas, en droit français, systématiquement opposable à l'administration. C'est-à-dire qu'il n'est pas toujours possible aux personnes qui remplissent les critères établis, mais à qui l'administration aurait pourtant refusé un titre de séjour, de demander en justice que cette décision de refus soit annulée, en invoquant les droits tirés de la circulaire. D'où un risque fort d'inégalité d'application des normes entre les différentes préfetures.

La subtilité de la valeur juridique des circulaires⁴⁰ tient à ce que le Code des relations entre les particuliers et l'administration (CRPA) énonce, depuis 2018, que pour être opposable aux services administratifs, les textes « *qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* »⁴¹ doivent être publiés sur le site www.interieur.gouv.fr, et plus spécifiquement dans une rubrique intitulé «

³⁹ Circulaire du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. NOR : INTK1229185C. p. 10

⁴⁰ Sur la situation particulière de la circulaire Valls v. S. SLAMA, « La saga de l'invocabilité de la circulaire « Valls » de 2012 (suite et pas fin) », *Actualité juridique Droit administratif*, 2021, p. 49.

⁴¹ art. L. 312-2 du CRPA.

Documents opposables ». Or, la circulaire « Valls » ne figure pas sur ce site mais, pour autant, a été publiée sur le site officiel de l'accès au droit français (www.legifrance.fr), dans la rubrique « circulaires ». Ainsi, ce texte flotte dans une sorte de limbes juridiques : publiée mais pas sur le « bon » site, la question de son invocation par les justiciables devant l'administration reste entière pour l'instant : certaines juridictions l'ont reconnu⁴² mais pas d'autres⁴³. Avant que ne rentre en considération cette question de publication, le Conseil d'État, plus haute juridiction de l'ordre administratif français, semblait pour sa part considérer que la circulaire Valls n'était pas opposable à l'administration⁴⁴. Pour se faire, il opérait une subtile distinction entre « lignes directrices », qui peuvent être invoquées par les justiciables, et « orientations générales », qui ne peuvent pas l'être, et considérait que la circulaire Valls relevait de la seconde catégorie. Mais une décision importante du 12 juin 2020 pourrait changer la donne : dans cet arrêt nommé *GISTI*, du nom de l'association de soutien des personnes immigrées qui a porté le recours, le Conseil d'État⁴⁵ a considéré que « *les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre* »⁴⁶. Cette décision, qui ne portait pas sur la circulaire Valls, ne posait pas directement la question de savoir si une circulaire était invocable par les justiciables mais si un texte de ce type pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire s'il était possible d'en demander l'annulation, notamment parce qu'il serait contraire à un texte qui lui serait supérieur (la loi ou une convention internationale par exemple). Par cette décision, le Conseil d'État a jeté le trouble : les « orientations générales », dont il est indéniable qu'elles « sont susceptibles d'avoir des effets notables » sur les droits des administré·es, seront-elles à l'avenir susceptibles de recours ? Et si oui cela doit-il conduire à ce que les personnes concernées puissent aussi les invoquer contre l'administration en cas de contentieux ? La question est ouverte et le Conseil d'État est dorénavant déjà saisi d'une nouvelle demande concernant l'invocabilité de la circulaire Valls sur laquelle il devrait statuer dans les prochains mois. En attendant, les critères posés par la circulaire Valls sont, de fait, appliqués de façon erratique par les préfetures, certaines délivrant tous les titres prévus par le texte alors que d'autres ne traitent de fait, que certaines demandes et par priorité les dossiers de personnes présentes en France depuis plus de cinq ans⁴⁷. Une forme de non-droit pour les personnes déjà plongées dans l'illégalité.

⁴² Cour administrative d'appel de Marseille, 9 nov. 2020, n° 20MA01402.

⁴³ Tribunal administratif de Montreuil, 19 nov. 2019, n° 20200710 ; Cour administrative d'appel de Versailles, 19 nov. 2020, n° 19VE02374.

⁴⁴ Conseil d'État, 4 févr. 2015, *Cortes Ortiz*, n° 383267.

⁴⁵ Le Conseil d'État est la plus haute juridiction de l'ordre administratif français, compétent pour statuer sur la légalité des actes pris par l'administration.

⁴⁶ Conseil d'État, 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142.

⁴⁷ Ces différences de traitement peuvent parfois conduire les demandeurs à présenter leur demande préférentiellement dans une préfecture plutôt qu'une autre mais ce phénomène, inquantifiable, est nécessairement limité car complexe. En effet, outre le fait qu'il n'est pas nécessairement évident de connaître les pratiques de telle ou telle préfecture, le dépôt d'une demande de titre de séjour doit se faire

Malgré le flou conceptuel existant autour de la valeur juridique de la circulaire Valls, il convient pour finir d'en souligner l'un de ses aspects les plus problématique sur le plan politique. Il a été largement développé la façon dont cette circulaire proposait des critères visant la délivrance de titres de séjour liés à une activité professionnelle. Mais ce texte ne se limite pas à ce type de titres et expose également des critères permettant d'évaluer la qualité et l'intensité des liens familiaux, dans le cadre de demandes de titres de séjour sur le fondement de l'article L.423-23 du CESEDA, dont il a été question au début de ce texte et qui protège ce type de lien. La circulaire considère ainsi que peuvent être régularisés, par exemple, les parents étrangers d'enfants scolarisés depuis plus de trois ans pour peu qu'ils résident en France depuis plus de cinq ans ; ou encore la personne qui, résidant en France depuis la même durée, est mariée avec une personne étrangère en situation irrégulière et vit avec elle depuis plus de dix-huit mois. Or, le problème est que ces différents fondements ne sont pas présentés par la circulaire Valls comme des interprétations de l'article L. 423-23 qui, on le rappelle, prévoit des cas de délivrance de titre de séjour « de droit », mais comme des cas de régularisation « exceptionnelles », mises sur le même plan que la régularisation par le travail. De fait, tous les titres de séjour délivrés en application de ces critères de liens familiaux dont comptabilisés, dans les rapports annuels fait au Parlement sur ce thème, comme des titres « délivrés à titre exceptionnel »⁴⁸.

Or, cette lecture ne correspond pas à la lettre du Code de l'entrée et du séjour des étrangers : l'admission exceptionnelle est supposée être le support de la délivrance d'un titre de séjour lorsque les personnes *ne remplissent pas* les conditions de délivrance des autres titres de séjour, une sorte de « filet de sécurité » en quelque sorte. C'est le cas des travailleurs et travailleuses sans-papiers dans la mesure où le Code ne prévoit théoriquement que des cas où les salarié·es font, soit, l'objet d'une introduction sur le territoire pour y occuper un emploi, soit des situations dans lesquelles les salarié·es étrangers possèdent un titre de séjour pour un autre motif et « changent de statut » pour faire valoir leur emploi pour demeurer sur le territoire. Mais en ce qui concerne les personnes dont les liens personnels ou familiaux sont particulièrement forts en France, leur admission n'est pas supposée être « exceptionnelle » mais découler d'un *droit*, le respect de leur vie privée et familiale. L'ambiguïté vient du fait que l'article L. 435-1 énonce que l'admission exceptionnelle au séjour peut donner lieu à la délivrance d'un titre « mention vie privée et familiale ». Mais la *mention* portée sur le titre de séjour ne doit pas être confondue avec le *motif* pour lequel le titre est délivré. Ainsi, par exemple, un titre de

dans la préfecture de résidence du demandeur. « Choisir » sa préfecture suppose donc de pouvoir, soit y déménager soit d'y trouver une personne prête à faussement vous héberger pour y recevoir vos courriers (« domiciliation » qui peut parfois être monnayée et qui fait courir des risques au demandeur : si un courrier de refus de titre de séjour envoyé par la préfecture n'est pas reçu dans les temps cela peut compromettre la possibilité de le contester). De plus, bien que la pratique n'ait aucun fondement légal, certaines administrations, précisément pour éviter ces manœuvres, exigent des demandeurs qu'ils présentent une ancienneté de résidence de quelques mois dans le ressort de la préfecture pour y déposer un dossier ; une exigence qui retarde d'autant les démarches.

⁴⁸ V. rapport *Les étrangers en France*, précité, p. 76.

séjour accordé en raison du très grave état de santé d'une personne étrangère porte la *mention* « vie privée et familiale », qui permet de préserver un certain secret médical, mais elle est délivrée sur un *fondement textuel* spécifique qui n'est pas l'article L. 423-23 CESEDA. Ainsi, une préfecture peut, pour des motifs exceptionnels et humanitaires, décider de délivrer un titre mention « vie privée et familiale » à une personne qui n'aurait aucun lien familial en France mais se serait distinguée, par exemple, par un engagement associatif remarquable. Le choix de la mention « vie privée et familiale » serait alors dicté par le fait qu'il ne serait pas pertinent de délivrer un titre « salarié » parce que la personne n'occupe pas ce type d'emploi, la mention « vie privée et familiale » est ainsi une mention « par défaut », qui englobe une série importante de situations sans lien direct avec le fait que les personnes aient effectivement des liens personnels fort sur le territoire.

Conclusion

En classant implicitement les critères de régularisation en raison des lien familiaux dans l'« admission exceptionnelle au séjour », le gouvernement français opère un glissement politiquement dangereux : présenter le respect d'un droit fondamental comme le simple exercice, par l'État, d'un pouvoir généreux... mais aussi arbitraire ! Cette dérive doit absolument être dénoncée car le respect des droits des personnes et de l'État de droit devrait dicter une attitude radicalement inverse : l'établissement, dans la loi, de critères transparents de régularisation qui tiennent compte de tous les aspects de la vie des personnes, personnels comme professionnels. Des critères invocables en justice et qui permettent aux personnes de faire leurs démarches sans risquer d'être à la merci de quiconque et notamment de leurs employeurs. Bref, des textes clairs qui prennent en compte une réalité indéniable, que les mouvements migratoires qu'induit le réchauffement climatique ne viendra qu'accentuer : les populations bougent ! Les personnes étrangères sont donc déjà là, elles vivent là, elles travaillent là et doivent donc pouvoir légalement rester là.